

**LA COSTUMBRE MERCANTIL EN COLOMBIA
(Ensayo Jurídico)**

**ERIKA LISETH VARGAS GÓMEZ
CÓDIGO 200914539**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE POSTGRADOS
ESPECIALIZACIÓN DERECHO COMERCIAL
CHÍA, CUNDINAMARCA
2.010**

LA COSTUMBRE MERCANTIL EN COLOMBIA

**ERIKA LISETH VARGAS GÓMEZ
CÓDIGO 200914539**

**Ensayo para optar al grado de
Especialista en Derecho Comercial**

**Director
Dr. JUAN CARLOS GALLEGOS GARCÍA
Director de postgrados, Área de Derecho**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE POSTGRADOS
ESPECIALIZACIÓN DERECHO COMERCIAL
CHÍA, CUNDINAMARCA
2.010**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá, 13 de diciembre de 2010.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. EL DERECHO MERCANTIL EN COLOMBIA	6
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	6
2. BREVE HISTORIA DEL DERECHO MERCANTIL EN COLOMBIA	7
3. ¿QUÉ ES LA COSTUMBRE MERCANTIL SEGÚN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA?	9
4. ¿CUÁL ES LA VALIDEZ DE LA COSTUMBRE MERCANTIL?	11
5. ¿QUÉ ES LA <i>OPINIO IURIS</i> PARA LA COSTUMBRE MERCANTIL?	13
6. ¿CUÁL HA SIDO EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL FRENTE A LA COSTUMBRE MERCANTIL?	14
6.1 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL	14
7. CONCLUSIONES	19
BIBLIOGRAFIA	20

INTRODUCCIÓN

Con el presente escrito se pretende hacer un breve análisis de la costumbre mercantil como fuente del derecho, su aplicación y el celo de los juristas del derecho común para su aplicación, igualmente relegado, sin darle la importancia que su especialidad requiere. Desde una perspectiva general, a mi sentir, debe existir juez comercial a fin de darle la aplicación adecuada y proporcionada al derecho de los negocios como ahora se suele llamar el derecho comercial.

La costumbre mercantil no es una nueva concepción del derecho comercial, pues en nuestro país, se obtuvo por primera vez la normatividad de carácter mercantil, las referentes a mercaderes, compañías de comercio, comisiones, letras de cambio y aspectos de derecho marítimo, como fletes, una vez lograda la independencia en el año de 1821 y con posterioridad a la legislación española, que por la época estaba vigente en el Nuevo Reino de Granada.

Haré entonces un pequeño resumen de la norma mercantil en nuestro país desde su nacimiento hasta las últimas consideraciones de la Corte Constitucional para afirmar con mayor seguridad que el derecho comercial y en especial, la costumbre mercantil no resulta de tanta trascendencia en la jurisdicción común. Permitiéndome darle la relevancia a la creación de la jurisdicción de carácter comercial por la especialidad del mismo.

El Derecho contenido en el Código de Comercio es un Derecho privado especial para las relaciones mercantiles, que busca adaptarse a las necesidades y dinamismo propio de las relaciones económicas. Por ello, supone una regulación especial para la cual el Código Civil representa la norma de Derecho Común y aplicable supletoriamente.

1. EL DERECHO MERCANTIL EN COLOMBIA

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El descubrimiento de América se presentó en 1492, y a partir de ese momento, por extensión del reino español, se comenzaron a aplicar las normas jurídicas que regían en España, desde siglos antes, tal como se puede observar en la breve reseña histórica que aparece en el capítulo siguiente. Desde esa época se está haciendo mención a la costumbre mercantil, como fuente del derecho, y se ha legislado sobre su aplicación, pero se ha relegado su importancia, en buena parte debido a que especialidad como norma de derecho comercial, o derecho de los negocios se ha subyugado al derecho civil y por eso, se plantea: ¿Debe existir juez comercial a fin de darle la aplicación adecuada y proporcionada al derecho de los negocios como ahora se suele llamar el derecho comercial?

2. BREVE HISTORIA DEL DERECHO MERCANTIL EN COLOMBIA

Los antecedentes a nuestro actual Código de Comercio se remontan a la legislación española con la expedición de las Siete Partidas¹, Recopilación de las Indias², La Novísima Recopilación³ y las Ordenanzas de Bilbao⁴, y es así como la constitución de 1821, en su artículo 188 dice: “declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso”.⁵

Sin lugar a dudas, con esta disposición se quería mantener vigente la aplicación de las normas que sobre mercaderías existían; pero en el año de 1836 con la ley 23 se someten las disposiciones sobre comercio y las respectivas controversias a la competencia de los jueces civiles, posteriormente, en el año de 1852 se crea la jurisdicción especial de comercio, con funciones propias para conocer de manera privativa sobre los negocios comerciales.

Hacia el año de 1853, y producto de la inspiración española del Código de 1829⁶, en nuestro país se expide el Código Nacional de Comercio, que tuvo influencia integradora en la materia; este código fue derogado por el La Constitución de 1858 que abolió los Tribunales de Comercio y debido a la existencia del federalismo permitió a los Estados miembros adoptar sus propios códigos en materia de derecho privado, sólo se siguieron aplicando sus normas con respecto a la

¹ ALFONSO X, con la colaboración de un grupo de jurisconsultos cuyos nombres se desconocen. Las Siete Partidas. Su nombre original era “Libro de las Leyes”, en el siglo XIV recibió esta denominación debido a las secciones en que se encuentra dividido. Con esta obra se buscaba lograr uniformidad jurídica del Reino. Castilla, España, 1251 – 1265.

² DE LEÓN PINELO, Antonio y DE SOLÓRZANO PEREIRA, Juan. Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Obra más conocida como Recopilación de las Indias, fue una compilación de la legislación promulgada por los reyes de España, para regular sus posesiones en América y las Filipinas (Indias). Fue sancionada por Carlos II de España. Está dividida en cuatro tomos y un total de nueve libros, que contienen 6.385 leyes, agrupadas en 218 títulos. Cada ley señala el año, rey y lugar de expedición de dicha norma. Madrid, mayo 18 de 1680.

³ DE REGUERA VALDELOMAR, Juan. Novísima Recopilación de Leyes de España. Madrid, 1806.

⁴ JUNTA GENERAL DE COMERCIO DE BILBAO. Ordenanzas de Bilbao. Bilbao, 1737.

⁵ PRIMER CONGRESO GENERAL DE LA GRANCOLOMBIA. Constitución de 1821. Villa del Rosario, Cúcuta: Bruno Espinosa, Impresor del Gobierno General, 30 de agosto de 1821. En: BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. Código de comercio colombiano. (Historia y proyecciones). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1995.

⁶ SÁINZ DE ANDINO, Pedro. Código de comercio. Edición Oficial. Decretado, sancionado y promulgado por FELIPE VII. Madrid: Oficina de D. L. Amarita, mayo 30 de 1829.

legislación marítima y al comercio exterior hasta 1870, año en el cual se expidió el Código de Comercio Marítimo, basado en el código chileno de 1867.

Las normas sobre derecho mercantil han tenido un sinnúmero de variaciones desde la Constitución de 1886, ya como República de Colombia, por la misma realidad de este derecho absolutamente cambiante y progresivo. La primera fue instituida mediante la Ley 57 de 1887⁷ que se constituye definitivamente en el eje del derecho mercantil hasta 1971, cuando mediante el Decreto 410⁸ se establece el Código de Comercio⁹ vigente en nuestro país.

⁷ CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 57 de 1887. Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional. Bogotá: Imprenta Nacional, abril 15 de 1887.

⁸ BERNAL GUTIÉRREZ, Op. cit. Historia. Normas anteriores a 1887.

⁹ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 de marzo 27 de 1971. Bogotá: Diario Oficial No. 33.339, del 16 de junio de 1971.

3. ¿QUÉ ES LA COSTUMBRE MERCANTIL SEGÚN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA?

En primer lugar, se entiende como costumbre mercantil aquellos hechos repetitivos, constantes y generalizados, con la convicción de quienes la practican, de que es jurídicamente obligatoria.

Igualmente, la costumbre *per se*, tiene fuerza para crear normas jurídicas, mientras que el uso desempeña una función más modesta, y por integrar solamente un elemento de hecho, precisa probanza.

El artículo 3º del Código de Comercio Colombiano, establece que la costumbre mercantil detectada tiene la misma fuerza que la ley comercial, siempre y cuando ésta no resulte contraria de ninguna manera a aquélla, y sea uniforme, reiterada y de conocimiento público. En el artículo mencionado, la costumbre llega a tener la misma jerarquía de la ley siempre y cuando no sea contraria de manera tácita o manifiesta.

Se identifican como funciones de la Costumbre Mercantil: la **interpretativa**, tal como está establecido en el artículo 5 del Código de Comercio, la **integradora** o **interpretadora**, como complemento de las normas jurídicas dictadas por el legislador; y la **normativa**, a falta de ley comercial existente, en los casos previstos por el artículo 3 del Código de Comercio colombiano; tal como se establece en este artículo, La costumbre mercantil debe ser pública o reconocida, este reconocimiento puede ser tanto local, como nacional, según los requisitos que ésta disponga; debe ser probada por lo dispuesto, y concordante con el artículo 190 del Código de Procedimiento Civil, mediante testimonios y pruebas auténticas, a través de dos decisiones judiciales idénticas que sean definitivas, o por medio de la certificación de la Cámara de Comercio correspondiente.

En este sentido, son las Cámaras de Comercio las encargadas de recopilar y certificar estas costumbres, que se dan a nivel municipal entendido éste, como costumbre local. En el caso de la Cámara de Comercio de ciudades el proceso de reconocimiento está dividido en diferentes estadios como son:

- a. Solicitud del interesado(a) ante la Cámara de Comercio, para la investigación de una costumbre, la determinación de la viabilidad jurídica, en el caso de ésta ser pertinente, la recolección de la información, como hechos representativos

(encuestas, etcétera), que permitan demostrar la existencia de la costumbre en el lugar.¹⁰

- b. Realizados estos estudios, se procede a comprobar si la costumbre en cuestión, sí reúne las condiciones para que sea confirmada como costumbre mercantil. Estos requisitos son:
- LA PUBLICIDAD: que sea de reconocimiento público para los habitantes de la localidad de donde se tomaron las pruebas.
 - UNIFORMIDAD: entendida como aquella práctica similar en los negocios comerciales.
 - REITERACION: como aquella constante que mantiene viva la costumbre.
 - VIGENCIA: que aquella costumbre sea practicada actualmente y para la toma de la muestra.
 - OBLIGATORIEDAD: Debe considerarse como vital en los negocios o por quienes la practican; para las Cámaras de Comercio debe existir un mínimo del 70% para declararse como “probados”.
- c. Por último, la Junta Directiva de la Cámara de Comercio pone a consideración la costumbre sí ésta parece estar acorde con el mínimo de requisitos, y si lo cree de esta manera, expide la certificación.

¹⁰ CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Costumbre mercantil. Definición, requisitos, importancia. Disponible en Internet en: <http://camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?catID=193&conID=293>. Consultado el 15 de septiembre de 2010.

4. ¿CUÁL ES LA VALIDEZ DE LA COSTUMBRE MERCANTIL?

Sin lugar a dudas, y según se ha aceptado, y reconocido en los sistemas de derecho escrito, la costumbre ocupa un papel secundario o limitado en cuanto a la creación de normas jurídicas, en relación con la ley, aunque se le reconoce a aquélla el carácter de fuente formal autónoma e independiente de ésta, la costumbre no ha sido absolutamente aceptada por los juristas del derecho común como supletoria en las lagunas o vacíos de la misma.

La primera vez que se aceptó la costumbre como fuente integradora de la ley se dio en el artículo 13 de la Ley 153 de 1.887 que dice: "La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva".¹¹

Aunque la costumbre es considerada vital en desarrollo del derecho de los negocios, para el derecho común supone una dificultad práctica, pues el artículo 8 del Código Civil establece que "la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica, por inveterada y general que sea",¹² de ahí la resistencia de aceptar la costumbre como fuente formal de derecho.

Finalmente, para aclarar la posición de la legislación acerca de la costumbre en nuestro país, la repetición pública uniforme y sucesiva, de hechos que conforman la costumbre, sólo puede formarse, si el comportamiento regular está constituido por actos lícitos o conformes al orden público; de tal manera que toda práctica en desacuerdo con una norma escrita, constituye un ilícito y no puede, por ende, dar lugar a la formación de ésta. En virtud del principio según el cual "contra la observancia de la ley no se admite desuso, costumbre o práctica en contrario".

En relación con la función que la costumbre desempeña frente a la ley, se distinguen tres clases de costumbres, cuya validez conviene analizar:

- La *consuetudo secundum legem*
- La *consuetudo praeter legem* y

¹¹ CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 153 de 1.887 Artículo 13. Bogotá: Diarios oficiales Nos. 7.151 y 7.152, Agosto 15 y 28 de 1887. Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-224-94 del 5 de mayo de 1994, bajo el entendido que "la expresión "moral cristiana" significa "moral general" o "moral social".

¹² CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 57 de 1.887. Código Civil. Artículo 8.

- La *consuetudo contra legem*.¹³

En sentencia C–224 de 1994, las clases de leyes para la Corte se caracterizan así:

“Costumbre ***secundum legem*** es la norma que adquiere su carácter de tal, y, por consiguiente, su fuerza obligatoria, por la expresa referencia que a ella hace la ley. Costumbre ***praeter legem*** es la relativa a un asunto no contemplado por la ley dictada por el legislador. Costumbre ***contra legem*** es la norma contraria a la ley creada por el Estado, ya se limite a la inobservancia de la misma, o establezca una solución diferente a la contenida en ella. Los dos casos implican que la ley escrita entra en **desuso**” (negrilla dentro del texto original)¹⁴

Para un análisis más claro de estas clases de leyes tenemos que la *consuetudo secundum legem*, no da origen a dificultades, toda vez que, por tratarse de una costumbre conforme a la ley, su aplicación y validez queda fuera de toda duda. Con respecto a la *consuetudo praeter legem*, es decir, la costumbre que complementa a la ley llenando lagunas, precisa el sentido de ella en los casos en los que hay duda, por lo que se considera que su aplicación tampoco presenta problemas, pues se atribuye a la costumbre el carácter de fuente formal y autónoma del derecho, de tal manera que la norma consuetudinaria nace al lado de la ley y con igual jerarquía que ésta. La *consuetudo contra legem*, al contrario de las dos anteriores, implica problemas de extrema delicadeza, puesto que se trata de una costumbre visiblemente contraria a las disposiciones de Derecho positivo o escrito tendiendo a derogarlas (*consuetudo abrogatoria*), o cuando se trata de anular una disposición por desuso.

En resumen y en aplicación de lo dicho respecto de la costumbre en el Derecho Mercantil y aunque históricamente gran parte de las normas comerciales encuentran su origen en la misma, en la actualidad la importancia de esta fuente se ha visto disminuida notablemente, porque es más frecuente la intervención del legislador en materia de comercio, y la posibilidad de dictar normas que se ajusten en forma eficaz y rápida, a las circunstancias siempre cambiantes del comercio. Sin embargo, esto no quiere decir, que no existan algunas costumbres comerciales que se apliquen a controversias o a casos imprevistos por el legislador.

¹³ MENDOZA RAMÍREZ, Álvaro Principios generales del derecho comercial. Bogotá: Ediciones jurídicas Ibáñez, 2003.

¹⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Sentencia C – 224 de 1994. Bogotá: Corte Constitucional. Sala Plena. ESCOBAR GIL, Rodrigo, magistrado ponente, Expediente D 4777. Marzo 8 de 2004.

5. ¿QUÉ ES LA *OPINIO IURIS* PARA LA COSTUMBRE MERCANTIL?

Se entiende ésta como elemento constitutivo de la costumbre, “según la cual la costumbre, para que sea jurídica, debe generar en la comunidad que la observa, la convicción de obligatoriedad.”¹⁵

El surgimiento de la creencia generalizada, es precisamente lo que torna obligatoria o aplicable la costumbre mercantil, y ella se sigue acatando porque se mantiene la observancia general de la regla, con lo cual los elementos objetivo y subjetivo se entrelaza íntimamente.¹⁶

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ ESPINOSA PÉREZ, Carlos Antonio. Del uso convencional a la costumbre mercantil como norma jurídica. Nota analizada En: Revista de Derecho Privado, No. 25. Bogotá: Universidad de los Andes, 2000.

6. ¿CUÁL HA SIDO EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL FRENTE A LA COSTUMBRE MERCANTIL?

Los antecedentes en nuestro país muy a pesar de verse el derecho mercantil o derecho de los negocios como un derecho especialísimo, no ha tenido la fuerza o división jurisdiccional que para mi concepto requiere esta área del derecho precisamente por la amplitud que compete su materia como ya es claro en el año 1824 en la ley del 10 de julio se estableció algunas cierta formalidad a los actos y causas del comercio.

“...varios ciudadanos de los puertos y plazas comerciantes han solicitado que se establezca un juzgado particular para los negocios contenciosos de comercio (...) por el cual *se despachen con toda brevedad posible* dichas causas, sin que los individuos de esta útil profesión experimenten demoras indispensables en los juzgados ordinarios de primera instancia, *que son causa de atrasos y perjuicios considerables* en sus contratos, viajes y especulaciones” (bastardilla fuera de texto).¹⁷

Para el año de 1875 por medio de la ley 35 de ese mismo año, se frustra finalmente la posibilidad de la creación de juzgados especializados dejando únicamente la competencia en la jurisdicción civil, situación que se mantuvo tanto en la Constitución de 1968, como en la de 1991. Negando de manera abierta al legislador, la posibilidad de crear la Jurisdicción especializada en materia mercantil.

6.1 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Este progreso ha sido lento, pero ha tenido que irse liberando por el cambiante mundo de los negocios y de la rapidez, proyección, evolución y globalización del sector privado. Muy fuerte se muestra la mayoría de las decisiones judiciales al intentar mantener la inclinación en la aplicación de las fuentes del derecho civil.

Para ilustrar un poco más, en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 27 de marzo de 1998 (sobre los artículos 1 a 9 del Código de Comercio. “Acepta que

¹⁷ MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Seis lustros de jurisprudencia mercantil. En: GARCIA-MUÑOZ, José Alpiniano y OVIEDO ALBAN, Jorge (coordinadores). Estudio de derecho económico. Instituciones de derecho comercial. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

la costumbre mercantil es fuente preferente en la aplicación a las situaciones comerciales con relación a la ley civil”.¹⁸

Posteriormente, revoca el anterior pronunciamiento al amparo del artículo 822 del Código de Comercio (Mercantilización de la norma civil). “Prefiere la ley civil a la costumbre mercantil”...¹⁹

Con respecto a la costumbre mercantil como fuente especial del Derecho Comercial el desarrollo jurisprudencial más relevante ha sido:

➤ **Sentencia Corte Suprema de Justicia. Agosto 30 de 2001** (reitera la posición anterior).

“La legislación civil se integra a la legislación comercial y hace imposible no solamente la aplicación de la CM de manera preferente sobre la ley civil, sino que igual hace de aplicación preferente la ley civil sobre la misma analogía mercantil”.

La costumbre mercantil pierde el sentido mismo de la especialidad como fuente del derecho, y es de aplicación residual frente a la legislación civil”.²⁰

Ahora, respecto a ¿qué clase de costumbre se refiere el artículo 3º del Código de Comercio? El desarrollo jurisprudencial es el siguiente:

➤ **Sentencia C-224 de 1994**²¹. Esta sentencia hacer referencia a “El art. 13 L. 153/1887, en cuanto reconoce fuerza de la ley a la costumbre “*praeter legem*” – no es contraria a la Constitución- y con mayor razón puede decirse que la costumbre “*secundum legem*” se ajusta a la Constitución, porque en este caso su fuerza proviene de la propia ley; es lo que sucede con los arts. 3 y 9 del Código de Comercio, que la Corte declaró exequibles en cuanto a costumbre *secundum legem*”.

¹⁸ RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. Sentencia del 27 de marzo de 1998. El mutuo mercantil es contrato real. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente 4789. Se puede consultar en Jurisprudencia y Doctrina No. 317, mayo de 1998, p. 537. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 27 de marzo de 1998.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

²¹ ARANGO MEJIA, Jorge. Sentencia C-224 de mayo 5 de 1994. Bogotá: Corte Constitucional. Sala Plena. ARANGO MEJIA, Jorge. Magistrado ponente, 1994.

En el derecho mercantil la costumbre “*secundum legem*” genéricamente invocada por el art. 3º del Código de Comercio, o específicamente invocada en los distintos libros del C. Co., dado que la Costumbre mercantil deriva su poder vinculante de la propia ley comercial que las invoca como complemento suyo para aplicarlas a las situaciones nacidas del comercio.

Cuando estamos aplicando costumbre, siempre estamos aplicando la ley comercial, y con ella de preferencia el ordenamiento propio del Estatuto Mercantil, sobre las normas de la legislación civil.

➤ **Sentencia C-486 de 1993.** La costumbre respeta desde los principios esenciales del Estado Social de Derecho: aquel principio pluralista, el principio del respeto a la libertad individual, y el principio del desarrollo a un orden justo.

“La costumbre constituye una de las principales manifestaciones de la cultura de un pueblo, que inclusive se toma en cuenta para identificar la propia nacionalidad...”²² con relación a las comunidades y pueblos indígenas, el principio de orden legal, según el cual, las prácticas cotidianas no prevalecen sobre la ley impuesta de manera escrita por el legislador, cede paso frente a las comunidades indígenas, en donde los usos y costumbres son tan importantes que inclusive prefieren ésta sobre los ordenamientos jurídicos o legislación positiva (escrita).

“Para la doctrina tradicional el fundamento jurídico de la costumbre radica en la voluntad tácita del pueblo que como ente político puede manifestarse tanto de manera formal - ley escrita - como informal - costumbre jurídica. Dentro de esta línea de pensamiento SANTO TOMAS DE AQUINO, en el TRATADO DE LA LEY, expone (Suma. I-II, questio 97 artículo 3): " (...) De ahí que, aun cuando una persona particular no tenga potestad en absoluto para instituir una ley, sin embargo todo el pueblo unido, mediante la costumbre, sí tiene tal poder". Una variante relativamente moderna de esta línea de pensamiento, prefiere referirse al pueblo en cuanto a formación social y natural que refleja y vierte en la costumbre su espíritu.”²³

²² CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Sentencia C-486 de 1993. Bogotá: Corte Constitucional. Sala Plena, octubre 28 de 1993.

²³ SANTO TOMAS DE AQUINO. Suma. I-II, questio 97 artículo 3. En: CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Op. cit.

➤ **Sentencia Corte Suprema de Justicia 25 de marzo/1998.** La existencia de la CM no es una cuestión de derecho sino de hecho. Porque para ser aplicada por los jueces cuando no haya norma legal que regule el caso. Es necesario primero probar la costumbre mercantil, por uno de los medios que establece la ley (Artículo 6 del código de Procedimiento Civil).

Ahora, con respecto a las fuentes directas de la Costumbre Mercantil los artículos 1 a 9 del Código de Comercio consagran las fuentes directas e indirectas del Derecho Comercial Colombiano, estableciendo una jerarquía en el orden de aplicación.

➤ **Según sentencia C-836 de 2001:** La aplicación de la norma a casos similares permite inferir una seguridad jurídica absolutamente importante y trascendente en nuestro ordenamiento:

“La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.”²⁴

Como fuentes directas de la ley comercial imperativa aplicable al caso la voluntad de las partes, se toma como referente lo establecido en el artículo 4º del Código de Comercio, Preferencia estipulaciones contractuales.

²⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Sentencia C-836 de 2001. Bogotá: Corte Constitucional. Sala Plena, ESCOBAR GIL, Rodrigo. Magistrado ponente. Agosto 9 de 2001.

Fuentes formales directas e indirectas del Derecho Comercial la ley comercial supletiva que regula casos semejantes a los que el juez puede aplicar de manera similar las controversias por analogía interna.

La costumbre local-regional (si se considera que tiene la misma fuerza normativa de la ley mercantil y resulta de aplicación preferente a las normas del derecho civil).

La doctrina o jurisprudencia constitucional (con fuerza vinculante u obligatoria).

Como Fuentes indirectas tenemos entonces:

La jurisprudencia común, los principios generales del Derecho como: (la buena fe, abuso del Derecho, enriquecimiento sin justa causa, error común hace Derecho, la equidad, entre otros).²⁵

La costumbre comercial colombiana local-regional. Con la exigencia de los requisitos para su certificación.

La costumbre comercial colombiana nacional, la doctrina, los Tratados o Convenciones Internacionales de Comercio no ratificados por Colombia.

Y la costumbre internacional y la costumbre extranjera.

²⁵ MENDOZA RAMÍREZ, Op. cit.

7. CONCLUSIONES

El valor jurídico de la costumbre mercantil en Colombia ha sido resaltada especialmente por los estudiosos del derecho en materia comercial, aunque ninguna teoría pretende negar la importancia e influencia de la costumbre en la aplicación al derecho de los negocios, la jurisdicción ordinaria es muy celosa en su concepción, porque el pensamiento tradicional ve como posible la inseguridad jurídica, que esto puede generar e impide la aplicación abierta de esta fuente del derecho.

La Constitución y la Ley admiten y autorizan a la costumbre mercantil, por lo tanto, se reafirma su pertenencia al sistema jurídico y su naturaleza y función normativa como fuente válida de derecho.

Pero a pesar de estos fundamentos, no ha sido posible su inmersión como cultura jurídica, porque prima la ley escrita, el derecho legislado. De otra parte, la jurisdicción común, acepta que se ha debilitado por el constante e improvisado desarrollo legislativo, pese a la necesidad práctica, movable y evolutiva del derecho de los negocios, la costumbre mercantil ha tenido un campo de aplicación cada vez más restringido y en cierto modo inaplicable, por el mismo sistema de derecho de nuestro país "legislativo" derecho positivo, que excluye de manera tácita la costumbre como fuente de derecho.

La prioridad de la aplicación del Derecho civil sobre el Derecho de los negocios, muestra claramente, la necesidad imperiosa de que nuestro país cuente con Jueces de Comercio, estableciendo y respetando la verdadera jerarquía de las actividades comerciales y su influencia plena en todos los aspectos del diario vivir, no sólo de Colombia, sino de todo el mundo; y con mayor razón en la actualidad, con el proceso de globalización, donde las comunicaciones y la informática avanzan, ya no a grandes pasos, sino en una carrera desenfrenada contra el tiempo.

BIBLIOGRAFIA

ALFONSO X, con la colaboración de un grupo de jurisconsultos cuyos nombres se desconocen. Las Siete Partidas. Castilla, España, 1251 – 1265.

ARANGO MEJIA, Jorge. Sentencia C-224 de mayo 5 de 1994. Bogotá: Corte Constitucional. Sala Plena. ARANGO MEJIA, Jorge. Magistrado ponente, 1994.

BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. Código de comercio colombiano. (Historia y proyecciones). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1995.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Costumbre mercantil. Definición, requisitos, importancia. Disponible en Internet en: <http://camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?catID=193&conID=293>. Consultado el 15 de septiembre de 2010.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Sentencia C-486 de 1993. Bogotá: Corte Constitucional. Sala Plena, octubre 28 de 1993.

CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 153 de 1.887 Artículo 13. Bogotá: Diarios oficiales Nos. 7.151 y 7.152, Agosto 15 y 28 de 1887.

_____. Ley 57 de 1887. Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional. Bogotá: Imprenta Nacional, abril 15 de 1887.

DE LEÓN PINELO, Antonio y DE SOLÓRZANO PEREIRA, Juan. Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Fue sancionada por Carlos II de España. Madrid, mayo 18 de 1680.

DE REGUERA VALDELOMAR, Juan. Novísima Recopilación de Leyes de España. Madrid, 1806.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Sentencia C – 224 de 1994. Bogotá: Corte Constitucional. Sala Plena. ESCOBAR GIL, Rodrigo, magistrado ponente, Expediente D 4777. Marzo 8 de 2004.

_____. Sentencia C-836 de 2001. Bogotá: Corte Constitucional. Sala Plena, ESCOBAR GIL, Rodrigo. Magistrado ponente. Agosto 9 de 2001.

ESPINOSA PÉREZ, Carlos Antonio. Del uso convencional a la costumbre mercantil como norma jurídica. Nota analizada En: Revista de Derecho Privado, No. 25. Bogotá: Universidad de los Andes, 2000.

INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS Y CERTIFICACIÓN - ICONTEC-. Trabajos escritos: presentación y referencias bibliográficas. Bogotá: ICONTEC, julio 2008. (NTC: 1486, 5613, 4490).

JUNTA GENERAL DE COMERCIO DE BILBAO. Ordenanzas de Bilbao. Bilbao, 1737.

MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Seis lustros de jurisprudencia mercantil. En: GARCIA-MUÑOZ, José Alpiniano y OVIEDO ALBAN, Jorge (coordinadores). Estudio de derecho económico. Instituciones de Derecho Comercial. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

MENDOZA RAMÍREZ, Álvaro. Principios generales del derecho comercial. Bogotá: Ediciones jurídicas Ibáñez, 2003.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 de marzo 27 de 1971. Bogotá: Diario Oficial No. 33.339, del 16 de junio de 1971.

PRIMER CONGRESO GENERAL DE LA GRANCOLOMBIA. Constitución de 1821. Villa del Rosario, Cúcuta: Bruno Espinosa, Impresor del Gobierno General, 30 de agosto de 1821. En: BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. Código de comercio colombiano. (Historia y proyecciones). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1995.

RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. Sentencia del 27 de marzo de 1998. El mutuo mercantil es contrato real. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente 4789. Se puede consultar en Jurisprudencia y Doctrina No. 317, mayo de 1998, p. 537. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 27 de marzo de 1998.

SÁINZ DE ANDINO, Pedro. Código de Comercio. Edición Oficial. Decretado, sancionado y promulgado por FELIPE VII. Madrid: Oficina de D. L. Amarita, mayo 30 de 1829.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN**

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	ESPECIALIZACIÓN DERECHO COMERCIAL
2	TÍTULO DEL PROYECTO	LA COSTUMBRE MERCANTIL EN COLOMBIA
3	AUTOR(es)	VARGAS GÓMEZ, ERIKA LISETH
4	AÑO Y MES	2010, Diciembre
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	GALLEGOS GARCÍA, JUAN CARLOS
6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	The concept of "commercial custom" is applied in Colombia since the discovery of America by extension of the Spanish Kingdom, and as a country, since its independence; Since that time the mercantile custom is mentioned as a source of law, and its application has been legislated, but its importance has been neglected, because of the speciality, as a rule of commercial law, has been subordinated to the civil law. It makes a revision of the commercial norms in our country from the very beginning up the recent considerations of the Constitutional Court, to show that the commercial law and particularly the commercial custom is not so transcendental in the common jurisdiction.
7	PALABRAS CLAVES O DESCRIPTORES	Civil, Código, Comercio, Costumbre, Derecho, Juez, Jurisprudencia, Legislación, Ley, Mercantil.
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	Servicios
9	TIPO DE INVESTIGACIÓN	Ensayo
10	OBJETIVO GENERAL	Se registra tal como aparece en el documento.
11	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	Se registra tal como aparece en el documento
12	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	ALFONSO X. Las Siete Partidas. Castilla, España, 1291 – 1265. ARANGO MEJIA, Jorge. Sentencia C-224 de mayo 5 de 1994. BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. Código de comercio colombiano. (Historia y proyecciones). 1995. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Costumbre mercantil. Definición, requisitos, importancia. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Sentencia C-486 de 1993. Bogotá: Corte Constitucional. Sala Plena, octubre 28 de 1993. CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 153 de 1.887 y Ley 57 de 1887. DE LEÓN PINELO, Antonio y DE SOLÓRZANO PEREIRA, Juan. Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. 1680. DE REGUERA VALDELOMAR, Juan. Novísima Recopilación de Leyes de España. 1806. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Sentencia C – 224 de 1994. Expediente D 4777. Marzo 8 de 2004. Sentencia C-836 de 2001. Bogotá: Corte Constitucional. Sala Plena, ESCOBAR GIL, Rodrigo. Magistrado ponente. Agosto 9 de 2001. ESPINOSA PÉREZ, Carlos Antonio. Del uso convencional a la costumbre mercantil como norma jurídica. Nota analizada En: Revista de Derecho Privado, No. 25. Bogotá: Universidad de los Andes, 2000. INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS Y CERTIFICACIÓN -ICONTEC-. Trabajos escritos: presentación y referencias bibliográficas. 2008. JUNTA GENERAL DE COMERCIO DE BILBAO. Ordenanzas de Bilbao. Bilbao, 1737. MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Seis lustros de jurisprudencia mercantil. MENDOZA RAMÍREZ, Álvaro. Principios generales del derecho comercial. 2003. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 de 1971. PRIMER CONGRESO GENERAL DE LA GRANCOLOMBIA. Constitución de 1821. RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. Sentencia del 27 de marzo de 1998. SAINZ DE ANDINO, Pedro. Código de Comercio. 1829.
13	RESUMEN O CONTENIDO	El concepto de "costumbre comercial" es aplicado en Colombia desde el descubrimiento de América por extensión del reino español, y como país, desde su independencia; desde esa época se menciona a la costumbre mercantil, como fuente del derecho, y se ha legislado sobre su aplicación, pero se ha relegado su importancia, debido a que la especialidad, como norma de Derecho Comercial se ha subordinado al Derecho Civil. Hace una revisión de la norma mercantil en nuestro país desde su nacimiento hasta las últimas consideraciones de la Corte Constitucional, para mostrar que el Derecho Comercial y en especial, la Costumbre Mercantil no resulta tan transcendental en la jurisdicción común.
14	METODOLOGÍA	Hace referencia a los pasos y técnicas metodológicas empleadas para llevar a cabo el proyecto. Por ejemplo: tipo de muestra, instrumentos de recolección de información, talleres, simuladores, medidas estadísticas etc.

15	CONCLUSIONES	<p>El valor jurídico de la costumbre mercantil en Colombia ha sido resaltada especialmente por los estudiosos del derecho en materia comercial, aunque ninguna teoría pretende negar la importancia e influencia de la costumbre en la aplicación al derecho de los negocios, la jurisdicción ordinaria es muy celosa en su concepción, porque el pensamiento tradicional ve como posible la inseguridad jurídica, que esto puede generar e impide la aplicación abierta de esta fuente del derecho.</p> <p>La Constitución y la Ley admiten y autorizan a la costumbre mercantil, por lo tanto, se reafirma su pertenencia al sistema jurídico y su naturaleza y función normativa como fuente válida de derecho.</p> <p>Pero a pesar de estos fundamentos, no ha sido posible su inmersión como cultura jurídica, porque prima la ley escrita, el derecho legislado. De otra parte, la jurisdicción común, acepta que se ha debilitado por el constante e improvisado desarrollo legislativo, pese a la necesidad práctica, movible y evolutiva del derecho de los negocios, la costumbre mercantil ha tenido un campo de aplicación cada vez más restringido y en cierto modo inaplicable, por el mismo sistema de derecho de nuestro país "legislativo" derecho positivo, que excluye de manera tácita la costumbre como fuente de derecho.</p> <p>La prioridad de la aplicación del Derecho civil sobre el Derecho de los negocios, muestra claramente, la necesidad imperiosa de que nuestro país cuente con Jueces de Comercio, estableciendo y respetando la verdadera jerarquía de las actividades comerciales y su influencia plena en todos los aspectos del diario vivir, no sólo de Colombia, sino de todo el mundo; y con mayor razón en la actualidad, con el proceso de globalización, donde las comunicaciones y la informática avanzan, ya no a grandes pasos, sino en una carrera desenfrenada contra el tiempo.</p>
16	RECOMENDACIONES	Debería implementarse el cargo de Juez Comercial
*	CÓDIGO DE LA BIBLIOTECA	No aplica para usted.